DISPUTE SETTLEMENT MECHANISMS

LES MÉCANISMES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

AN ANALYSIS OF THE DISPUTE SETTLEMENT PROVISIONS OF THE CANADA-U.S. FREE TRADE AGREEMENT PRELIMINARY TRANSCRIPT

ANALYSE DES DISPOSITIONS DE L'ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE ENTRE LE CANADA ET LES ÉTATS-UNIS SUR LE RÈGLEMENT DES DIFFERÉNDS LA TRANSCRIPTION PRÉLIMINAIRE

EXECUTIVE SUMMARY NOVEMBER 4, 1987
SYNOPSIS DU 4 NOVEMBRE 1987

GOVERNMENT OF ONTARIO
GOUVERNEMENT DE L'ONTARIO

Blake, Cassels & Graydon

DISPUTE SETTLEMENT IN THE CANADA-U.S. TRADE AGREEMENT

EXECUTIVE SUMMARY

Canada's primary objective in negotiating for a comprehensive bilateral free trade agreement was to obtain effective legal guarantees of improved access to the U.S. market. The most significant legal instrument for securing access to the U.S. market will be the dispute settlement mechanisms contained in the new Canada-U.S. Free Trade Agreement. Without effective dispute settlement procedures to control U.S. antidumping and countervail actions and other restrictive laws and policies, Canada-U.S. "free trade", for Canada at least, will not be all that free.

The Agreement prescribes several different dispute settlement procedures: (1) a process for resolving disputes over national antidumping and countervail laws and administrative actions based on those laws; (2) a binding arbitration mechanism to govern bilateral disputes over safeguard and, in some circumstances, other measures; and (3) a general dispute resolution procedure, controlled by a new Canada-U.S. Trade Commission, to resolve all other bilateral disagreements involving the treaty.

Our analysis of the Agreement's dispute settlement mechanisms concludes that they fall short of an acceptable mark. A framework for dispute settlement should meet four basic criteria. It should impose legally effective limits on national laws and policies that operate to deny market access. It should provide realistic remedies and sanctions for non-compliance in order to offset disparities in political and economic power between the U.S. and Canada - that is, it should be "binding". It should be workable - as quick, simple and cheap as possible. Finally, it should provide for appropriate participation by all interested parties, including the provinces and the private sector.

An application of these four criteria shows that the dispute settlement mechanisms contained in the Agreement are flawed in ways that are likely to result in a significant denial of Canadian access to the U.S. markets.

First, the Agreement fails to pre-empt U.S. antidumping and countervail remedies, thereby giving up what was described as one of Canada's most important

negotiating objectives. The Agreement also fails to provide legal mechanisms capable of controlling the protectionist application and administration of the U.S. trade remedy laws. Second, the sanctions available to the binational panels and arbitral tribunals that will be created under the Agreement are limited to abrogation of the Agreement and what is, in effect, retaliation. Neither are meaningful remedies or sanctions for Canada because of the imbalance of power between the two countries. Third, the dispute settlement mechanisms prescribed in the Agreement are unlikely to be any more workable or efficient that the procedures currently employed under the the General Agreement on Tariffs and Trade. Finally, on the question of participation, the Agreement's procedures apparently preclude entirely provincial or private sector participation as of right. Any rights to present evidence and argument at future dispute resolution proceedings will be at the sufferance of the federal governments of both nations.

In conclusion, the deficiencies in the dispute settlement mechanisms ensure that the Canadian ambition of increased access to the U.S. market will not be fully achieved, by this Agreement at least.

L'ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE ENTRE LE CANADA ET LES ÉTATS-UNIS ET LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

SYNOPSIS

Lors des négociations sur le libre-échange visant à conclure un accord bilatéral de portée générale, le Canada s'était fixé comme premier objectif celui d'obtenir de véritables garanties légales l'assurant d'un accès accru au marché américain. Les mécanismes de règlement des différends inclus dans l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis constituent le recours légal le plus important dont notre pays disposera pour protéger l'accès au marché américain. Toutefois, s'il n'existe pas de véritables méthodes de règlement des différends pour contrer l'imposition de droits antidumping et compensatoires et l'application de lois et politiques restrictives aux États-Unis, la zone de libre-échange entre les deux pays ne sera pas tellement libre, du moins pour le Canada.

L'Accord prévoit trois mécanismes de règlement des différends : une méthode de règlement des différends concernant les lois nationales sur les droits antidumping et compensatoires et les mesures administratives qui en découlent, un mécanisme d'arbitrage exécutoire pour les conflits bilatéraux portant sur les règles de garantie et, dans certaines circonstances, d'autres actions et en dernier lieu, un processus global de règlement des litiges, appliqué par la nouvelle Commission du commerce canado-américaine, pour régler tous les autres désaccords relatifs au traité.

Notre analyse des mécanismes prévus dans cet Accord montre cependant qu'ils sont loin d'atteindre l'objectif voulu. Nous estimons qu'un véritable processus de règlement des différends devrait répondre à quatre grands critères. Il devrait tout d'abord imposer de réelles limites légales aux lois et politiques nationales qui ont pour effet d'empêcher l'accès au marché. Il devrait également prévoir des recours et des sanctions réalistes en cas de violation de l'Accord afin d'atténuer les disparités politiques et économiques entre le Canada et les États-Unis, ce qui revient à exiger un mécanisme exécutoire. Il devrait aussi être facile à mettre en pratique, c'est-à-dire aussi rapide, simple et économique que possible. Enfin, ce processus devrait compter sur la participation de toutes les parties concernées, y compris les provinces et le secteur privé.

Au vu de ces quatre critères, il ressort que les mécanismes de règlement des différends indiqués dans l'Accord présentent de graves imperfections qui risquent de réduire considérablement l'accès du Canada au marché américain.

Commençons par rappeler que cet Accord n'empêche pas les États-Unis de prendre des recours contre ce qu'ils estiment être du dumping et des droits compensatoires, ce qui signifie l'abandon de ce qui avait été déclaré comme étant l'un des principaux objectifs canadiens. L'Accord n'offre pas non plus de mécanismes légaux permettant de lutter contre l'application et l'administration protectionnistes des lois américaines sur les recours commerciaux. En deuxième lieu, les groupes binationaux et les tribunaux d'arbitrage qui seront créés en application de l'Accord ne pourront prendre des sanctions que dans deux cas : l'abrogation de l'Accord et les actions qui constituent en fait des représailles. Dans les deux cas, ce ne sont ni des recours ni des sanctions significatives pour le Canada en raison du rapport de force inégal qui existe entre les deux pays. En troisième lieu, il est peu probable que les mécanismes de règlement des différends prévus dans l'Accord fonctionnent mieux ou soient plus efficaces que ceux qui existent présentement dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT). En outre, l'Accord semble exclure totalement le droit des provinces et du secteur privé de participer aux décisions et processus. Tout droit de présenter des preuves et des arguments aux futures délibérations visant à régler un différend sera au détriment du gouvernement fédéral de chacun de ces deux pays.

En conclusion, il ne fait aucun doute que la faiblesse des mécanismes de règlement des différends est telle que cet Accord du moins ne garantira pas pleinement au Canada, comme il l'avait tant espéré, un accès accru au marché américain.